



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес электронной почты: info@mail.9aas.ru
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№ 09АП-13496/2012

г. Москва
02.07.2012

Дело № А40-13271/12-120-123

Резолютивная часть постановления объявлена 25.06.2012.

Постановление изготовлено в полном объеме 02.07.2012.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Гончарова В.Я.,
судей: Попова В.И., Мухина С.М.,
при ведении протокола помощником судьи Мальцевым А.А.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ЗАО
"ЭКОМЕТ-С" на решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.03.2012 по делу № А40-
13271/12-120-123 судьи Блинниковой И.А.,
по заявлению ЗАО "ЭКОМЕТ-С" (ОГРН 1037828005357; 191014, г.Санкт-
Петербург, Басков пер., д. 3, кв. 1)
к Федеральной антимонопольной службе
третьи лица: 1) Департамент жилищно-коммунального хозяйства и
благоустройства города Москвы, 2) Департамент города Москвы по конкурентной
политике
о признании незаконным в части решения от 08.12.2011 по делу № К-2486/11,
при участии:
от заявителя: Якимов О.Г. по дов. от 10.09.2010 №22;
от ответчика: не явился, извещен;
от 3-их лиц: 1) не явился, извещен; 2) Артемьев А.А. по дов. от 20.02.2012 №77-
13-14/2-4;

У С Т А Н О В И Л:

ЗАО "ЭКОМЕТ-С" (далее – заявитель, общество) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы (далее – ответчик, антимонопольный орган) в части от 08.12.2011 по делу № К-2486/11.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 21.03.2012 в удовлетворении заявленных требований отказано.

При этом суд первой инстанции исходил из того, что заказчиком включены в конкурсную документацию в один предмет конкурса (один лот) работы, функционально и технологически связанные, в связи, с чем оспариваемое в данной части решение соответствует нормам Федерального закона от 23.07.2005 N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее – Закон о размещении заказов), что не противоречит требованиям ч.3 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции). Суд пришел к выводу о

том, что решение в оспариваемой части соответствуют требованиям законодательства и не нарушают права и законные интересы не участвовавшего в конкурсе заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, заявитель обратился с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить в связи с неполным выяснением обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствием выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела, неправильным применением норм материального права и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. В частности, указывает на то, что неправомерное объединение Департаментом жилищно-коммунального хозяйства и благоустройства города Москвы (далее – заказчик) в один лот технологически и функционально не связанных работ, услуг привело к ограничению конкуренции и уменьшению числа возможных участников размещения заказа, что нарушило положения ч.3 ст.22 закона о размещении заказов, а также ч.3 ст.17 Закона о защите конкуренции, а выводы антимонопольного органа и суда первой инстанции об обратном противоречат материалам дела и действующему законодательству.

Отзывы на апелляционную жалобу в порядке ст.262 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее - АПК РФ) от антимонопольного органа и Департамента города Москвы по конкурентной политике (далее - уполномоченный орган) не поступили.

Заказчик направил отзыв на апелляционную жалобу. Считает, что решение суда первой инстанции законно и обоснованно, а жалоба не подлежит удовлетворению. В частности, указывает на то, что в силу ст.10 Закона о размещении заказов дробление лотов было нецелесообразным в связи со спецификой предмета открытого конкурса на право заключения государственного контракта на выполнение технологических работ полного цикла по обеспечению радиационной безопасности населения г. Москвы. С заявлением о разъяснении конкурсной документации заявитель не обращался, заявку на участие в конкурсе не подавал, поэтому его права не нарушены,

Антимонопольный орган и заказчик, извещенные надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, в суд своих представителей не направили, представитель заказчика в отзыве ходатайствовал о рассмотрении дела в его отсутствие. В связи с этим, при отсутствии возражений со стороны представителей заявителя и уполномоченного органа, суд апелляционной инстанции, руководствуясь ст.ст.123,156,159,266 АПК РФ, удовлетворил названное ходатайство и рассмотрел дело в отсутствие представителей указанных лиц.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал доводы апелляционной жалобы, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считают его незаконным и необоснованным и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Суд апелляционной инстанции, руководствуясь ст.ст.159,266, ч.2 ст.268 АПК РФ, отказал представителю общества в удовлетворении ходатайства об истребовании у заказчика дополнительных доказательств (договоров с ГУП МосНПО «Родон», заключенных после 08.12.2011), поскольку эти не имеют непосредственного отношения к предмету спора и отсутствуют основания для получения судом апелляционной инстанции дополнительных доказательств).

Представитель уполномоченного органа (тендерного комитета) поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился в виду их необоснованности, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать. Представил письменные объяснения в порядке ст.81 АПК РФ, которые приобщены судом к материалам дела.

Проверив законность и обоснованность принятого решения в порядке ст.ст.266, 268 АПК РФ, исследовав имеющиеся в материалах дела доказательства, изучив доводы апелляционной жалобы, отзыва письменных объяснений, заслушав представителей лиц участвующих в деле, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены или изменения обжалуемого судебного решения в связи со следующим.

Как видно из материалов дела, заявитель обратился в Управление ФАС по г.Москве с жалобой от 30.11.2011 за № П-903/3 указав на нарушения антимонопольного законодательства заказчиком и уполномоченным органом при размещении заказа №0173200001411001993 о проведении названного открытого конкурса в 2012 году с начальной (максимальной) ценой 1 087 664 500 рублей.

Данная жалоба направлена по подведомственности в ФАС России письмом от 05.12.2011 за исх. № АП/30110.

В названной жалобе общество, не принимавшее участия в торгах, указало на совершение уполномоченным органом и заказчиком следующих действий, нарушающих требования ч.1 ст.15, ч.ч. 1, 2, 3 ст.17 Закона о защите конкуренции, ч.3 ст.22 Закона о размещении заказов:

1. Включили в состав одного лота работы, технологически и функционально не связанные между собой, что подтверждается возможностью выполнения различных видов работ, включенных в один лот, организациями, имеющими лицензии на определенные виды деятельности, либо не имеющими таковых в случае, если требование о лицензировании отдельных видов деятельности не предусмотрено действующим законодательством. Тем самым оказались ограниченными в доступе к участию в конкурсе организации, не имеющие хотя бы одной из тех лицензий, которые перечислены в конкурсной документации, а также организации, не имеющие лицензий на выполнение работ, требования к лицензированию которых не установлены действующим законодательством.

2. Установили требование о личном выполнении работ исполнителем, запретив привлекать для выполнения работ соисполнителей (субподрядчиков), имеющих соответствующие лицензии, что ограничило доступ к участию в конкурсе организаций, способных привлечь к выполнению работ лицензированных соисполнителей.

Указанная жалоба 08.12.2011 рассмотрена уполномоченным антимонопольным органом (Комиссией ФАС России по контролю в сфере размещения заказов). По итогам рассмотрения жалобы вынесено решение от 08.12.2011 по делу № К-2486/11 о нарушении законодательства Российской Федерации о размещении заказов, которым жалоба признана обоснованной в части неправомерного установления заказчиком требования к участникам размещения заказа. В действиях заказчика признаны нарушения ч.4 ст.11, ч.4 ст.25, ч.6 ст.28 Закона о размещении заказов. В то же время в решении указано, что объединение в составе одного лота работ по радиационно-экологическому мониторингу г.Москвы, работ по радиационному обследованию объектов и территорий г. Москвы, работ по радиационному обследованию участков радиоактивного загрязнения (УРЗ), включая потенциально загрязненные территории, радиационно-аварийных работ по дезактивации выявленных УРЗ, работ по сбору и транспортированию РАО, работ по переработке и кондиционированию РАО, работ по обеспечению безопасного промежуточного хранения РАО не противоречит законодательству Российской Федерации о размещении заказов (т.1, л.д.12-18)

Таким образом, в части незаконного объединения заказчиком и уполномоченным органом в один лот работ, технологически и функционально не связанных между собой, жалоба заявителя не признана обоснованной. Комиссия ФАС России по контролю в сфере размещения заказов не признала в действиях заказчика и уполномоченного органа нарушения требований ч.1 ст.15, ч.ч.1, 2, 3 ст.17 Закона о защите конкуренции, ч.3 ст.22 Закона о размещении заказов.

Считая, что названное решение ФАС России в указанной части является незаконным, заявитель обратился в суд с настоящим заявлением.

Вопреки доводам апелляционной жалобы, суд первой инстанции, полно исследовав имеющие значение для дела обстоятельства, верно оценил в порядке ст.71 АПК РФ имеющиеся в деле доказательства, правильно применил нормы материального, процессуального права и сделал выводы, соответствующие обстоятельствам дела.

Согласно ч.1 ст.198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно ч.2 ст.201 АПК РФ, с учетом разъяснений, содержащихся в п.6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» основаниями для принятия арбитражным судом решения о признании акта государственного органа и органа местного самоуправления недействительным, решения и действия (бездействия) незаконным являются одновременно как несоответствие их закону или иному нормативному правовому акту, так и нарушение в результате этого прав и законных интересов заявителя в указанной сфере деятельности.

В силу ч.5 ст.200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действие (бездействие).

Как установлено апелляционным судом, судом первой инстанции правильно определена природа спорных правоотношений и обоснованно признано отсутствие совокупности условий, необходимых для удовлетворения заявленных требований.

Согласно п.1 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 N 331, ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий, в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа, в том числе, в рамках своих полномочий, возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства.

В соответствии со ст. 22, 23 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган обеспечивает государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства хозяйствующими субъектами, предупреждает монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного

законодательства, выдает в случаях, указанных в настоящем Законе, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания.

Таким образом, правильно применив нормы названных Федеральных законов и Положения о Федеральной антимонопольной службе, суд первой инстанции сделал верный вывод о наличии у ответчика полномочий по принятию оспариваемого ненормативного акта.

В соответствии с ч.3 ст.22 Закона о размещении заказов конкурсная документация не должна содержать указание на товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, патенты, полезные модели, промышленные образцы, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товару, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа.

Согласно ст. 10 этого Федерального закона размещение заказа может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме. Во всех случаях размещение заказа осуществляется путем проведения торгов, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

При размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг путем проведения торгов могут выделяться лоты, в отношении которых в извещении о проведении конкурса или аукциона, в конкурсной документации, документации об аукционе отдельно указываются предмет, начальная (максимальная) цена, сроки и иные условия поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг. Участник размещения заказа подает заявку на участие в конкурсе или аукционе в отношении определенного лота. В отношении каждого лота заключается отдельный контракт (ч. 2.1 ст. 10 Закона о размещении заказов).

Таким образом, как правильно указано в судебном решении, при размещении заказа заказчик наделен правом самостоятельного выделения отдельных лотов (по группам, классам, видам и иным единицам), правом выставления предмета торгов единым лотом, а также правом определения его содержания (с обязательным указанием отдельных условий оказания соответствующих услуг). Кроме того, допускается возможность объединения в состав одного лота продукции (товаров, работ, услуг) технологически и функционально связанных между собой.

Согласно ч.3 ст.17 Закона о защите конкуренции, на которую ссылается податель апелляционной жалобы, при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд запрещается ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставками, выполнение, оказание которых являются предметом торгов.

В соответствии с ч.3 ст.22 Закона о размещении заказов конкурсная документация не должна содержать требования к товару, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа.

Следовательно, объединение в один лот различных по функциональным характеристикам товаров, работ, услуг влечет за собой ограничение конкуренции при проведении торгов ввиду сокращения числа хозяйствующих субъектов, которые могут принять участие в конкурсе, так как участник размещения заказа не допускается к участию в конкурсе в случае, если его заявка не соответствует требованиям конкурсной документации.

Как видно из материалов дела конкурс объявлен на право заключения государственного контракта по выполнению технологических работ полного цикла по обеспечению радиационной безопасности населения города Москвы в 2012 году.

В состав работ по конкурсу на право заключения государственного контракта на выполнение работ, согласно пункту 3 Технического задания конкурсной документации являются следующие работы: радиационно-экологический мониторинг г. Москвы, радиационное обследование объектов и территории г. Москвы, радиационное обследование участков радиоактивного загрязнения, включая потенциально загрязненные территории, радиационно-аварийные работы по дезактивации выявленных УРЗ, сбор и транспортирование РАО обеспечение безопасного промежуточного хранения РАО.

Радиационная безопасность - комплекс мероприятий при работе с применением радиоактивных веществ и других источников ионизирующих излучений, обеспечивающий снижение суммарной дозы от всех видов ионизирующего излучения до предельно допустимой дозы.

В соответствии со статьей 3 Федеральных правил в области использования атомной энергии «Безопасность при обращении с РАО «Общие положения» НП-058 должен соблюдаться принцип учета взаимосвязи между стадиями образования и обращения с РАО. Из анализа статьи 8 этого же свода правил предусматривается необходимость проведения радиационного контроля (мониторинга), радиационного обследования, вывоз в места хранения, а так же единство технического и технологического обеспечения с целью минимизации нагрузок на население и окружающую среду.

Часть 1 статьи 5 Федерального закона от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании» устанавливает право государственного заказчика устанавливать требования в отношении продукции (работ, услуг) и объектов, для которых законодательством устанавливаются требования, связанные с обеспечением ядерной и радиационной безопасности в области использования атомной энергии.

Согласно статье 3 Федерального закона от 21.11.1995 №170-ФЗ «Об использовании атомной энергии» радиоактивные отходы (далее – РАО) относятся к объектам использования атомной энергии. В указанном акте дано определение РАО - не подлежащие дальнейшему использованию материалы и вещества, а также оборудование, изделия (в том числе отработавшие источники ионизирующего излучения), содержание радионуклидов в которых превышает уровни, установленные в соответствии с критериями, установленными Правительством Российской Федерации.

Таким образом, правомерен вывод суда о том, что действующее законодательство не предусматривает запрета выставлять единым лотом предмет торгов, который в силу своей специфики может быть поделен и на мелкие части по конкретным видам работ, однако в настоящем случае деление на различные лоты нецелесообразно, поскольку таковое может привести к угрозе радиационной безопасности населения города Москвы.

При этом выполнение полного комплекса работ является составной частью одного комплексного процесса создания готовой продукции, выполнения работ, оказания услуг. При этом названные виды работ относятся к одному товарному рынку.

Суд правильно указал, что при вынесении оспариваемого решения, комиссия антимонопольного органа обоснованно приняла во внимание специфику предмета торгов; указанные работы связаны с повышенной опасностью и риском, наличием специальных знаний, технологий и оборудования, возможностью возникновения ситуации, при которой уровень радиоактивности будет существенно превышать пороговые значения.

В силу ч.6.1 ст.10 Закона о размещении заказов под одноименными товарами, одноименными работами, одноименными услугами понимаются товары, работы, услуги, относящиеся к одной группе товаров, работ, услуг в соответствии с номенклатурой товаров, работ, услуг для нужд заказчиков, утверждаемой федеральным

органом исполнительной власти, осуществляющим нормативное правовое регулирование в сфере размещения заказов.

Назначение номенклатуры заключается в группировке подлежащих размещению с соблюдением требований Закона о размещении заказов товаров, работ, услуг по признаку одноименности для исключения случаев необоснованного дробления заказов путем принятия заказчиками разрозненных решений об отнесении тех или иных видов товаров, работ, услуг к одноименным или разноименным с целью ухода от процедур торгов.

Номенклатура товаров, работ, услуг для нужд заказчиков утверждена приказом Минэкономразвития РФ от 07.06.2011 N 273 (вступил в силу 09.08.2011). В соответствии с данной номенклатурой включенные ответчиком в один предмет конкурса работы и услуги относятся к различным группам: выполнение работы по разработке конструкторской документации, изготовлению, сертификации, испытание, поставка ТУК-109, и услуги по транспортировке относятся к различным группам номенклатуры.

При этом согласно п.19 ст.65 Закона о размещении заказов до утверждения федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере размещения заказов, номенклатуры товаров, работ, услуг для нужд заказчиков под одноименными товарами, одноименными работами, одноименными услугами понимаются аналогичные по техническим и функциональным характеристикам товары, работы, услуги, которые могут отличаться друг от друга незначительными особенностями (детальями), не влияющими на качество и основные потребительские свойства товаров, результатов работ, услуг, являются однородными по своему потребительскому назначению и могут быть взаимозаменяемыми.

То обстоятельство, что соединенные в настоящем случае в один лот товары, работы, услуги являются технологически и функционально взаимосвязанными, что подтверждается единым кодом для услуг в области, связанной с надзором за ядерной и радиационной безопасностью – 7523050 в соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности, продукции и услуг (ОКДП) ОК 004-93, утвержденным Постановлением Госстандарта России от 06.08.1993 N 17.

Изложенное свидетельствует о правильности вывода суда первой инстанции относительно правомерного объединения заказчиком в один лот вышеуказанных технологически и функционально связанных работ и услуг, и соответствующих выводов антимонопольного органа об отсутствии нарушений законодательства.

Судом верно указано на то, что общество в срок, установленный законом, в порядке ст.24 Закона о размещении заказов не обращалось к заказчику и уполномоченному органу с заявлением о разъяснении конкурсной документации и до даты проведения первого заседания Межведомственной конкурсной комиссии (до 13.12.2011) не подавал заявки на участие в открытом конкурсе и, в связи с этим, не является участником размещения заказа.

По смыслу ст. ст. 198, 200 АПК РФ, для признания ненормативного правового акта недействительным необходимо наличие одновременно двух обязательных условий: несоответствие данного акта закону и наличие нарушения им прав и охраняемых законом интересов заявителя в рассматриваемой сфере деятельности.

При рассмотрении настоящего дела совокупности указанных обстоятельств судом не установлено, принимая во внимание, что заявитель в порядке ч.1 ст.65 АПК РФ не представил доказательств, свидетельствующих о том, каким образом оспариваемое решение ответчика нарушает его права и законные интересы и создает препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно протокола рассмотрения заявок от 20.12.2011 конкурс в силу ч.4 ст.27 Закона о размещении заказов признан несостоявшимся.

Торги в порядке ст.449 ГК РФ в судебном порядке не оспаривались.

Кроме того, как правильно указано в решении суда, в силу ст.4 АПК РФ восстановление прав общества избранным им способом на данной стадии процесса невозможно.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают выводы суда, положенные в основу решения, и не могут служить основанием для его отмены или изменения.

Иное толкование подателем апелляционной жалобы норм права не свидетельствует о судебной ошибке.

Нарушений норм процессуального права, влекущих безусловную отмену судебного акта в порядке ч.4 ст.270 АПК РФ, не допущено.

Судебные расходы по уплате государственной пошлины по апелляционной жалобе в порядке ч.5 ст. 110 АПК РФ относятся на заявителя.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст. 266, 268, 269, 271 АПК РФ, суд

П О С Т А Н О В И Л:

решение Арбитражного суда г.Москвы от 21.03.2012 по делу № А40-13271/12-120-123 оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

В.Я. Гончаров

Судьи:

С.М. Мухин

В.И. Попов

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.